ten, was er gethan hat, es muß dieß vielmehr auch der rechtlichen Natur des Geschäftes entsprechen. Oder gibt es keine ungültigen Verabredungen?

XII.

Civilistische Bemerkungen.

Von

Herrn Dr. Sintenis in Zerbst.

I.

Zur Erklärung der Ansichten Marcells über Fortsetzung des Usucapionsbesitzes in fr. 15. pr. D. de Usurpat. et usucap. und in fr. 12. §. 2. de Captiv.

Die vorgedachten beiden Fragmente haben von jeher den Interpreten große Schwierigkeit gemacht, und der Streit ist eben so wenig als beendet zu betrachten, als ich es wage die Hoffnung auszusprechen, Jeden durch meine Auslegung derselben zu gewinnen. Namentlich gehört Fragment 15. pr. de Usurp. zu denjenigen Stellen, welche absolut nur durch Vermuthungen zu erklären sind, und daher immer Zweifel auch dann noch übrig lassen, wenn kein Widerspruch mehr begründet werden kann.

Um den Schauplatz des Streites gehörig übersehen zu können, müssen die in der Ueberschrift genannten Fragmente noch mit fünf andern in Verbindung gebracht werden, und mögen hier zuvörderst alle nach dem Taurellischen Text der Florentine folgen:

1. fr. 19. ex quib. cssis. majores. (*Papin.* III. Quaest.) Denique si emtor priusquam per usum sibi adquireret,

ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

2. fr. 23. §. 1. eod. (*Ulp.* XII. ad Ed.) Is autem, qui apud hostes est, nihil per usum sibi adquirere potest. ne Coeptam (nec coeptam) possessionem poterit implere dum est apud hostes. hoc amplius nec postliminio reversus reciperabit per usum dominii adquisitionem.

3. fr. 15. pr. de Usurp. et usucap. (*Paul.* XV. ad Plaut.) Si is qui pro emtore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi ejus procedat usucapio, nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi ejus proderit? sed verum est eum in sua vita desisse possidere. ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. Quod si servus ejus, qui in hostium potestate est emerit: in pendenti esse usucapionem Julianus ait. nam si dominus reversus fuerit, intelligi usucaptum, si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad successores ejus pertineat. Marcellus, posse plenius fictionem legis accipi. quemadmodum enim postliminio reversus plus juris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit? nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. ideoque in successoribus locum non habere (l. habere nach der einstimmigen gemeinen Lesart) usucapionem.

4. fr. 44. §. 7. eod. (*Papin.* III. Quaest.) Si cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? si quidem ex causa peculii possidet, usucapionem inchoari, nec impedimento domini captivitatem esse, cujus scientia non esset in civitate necessaria. Si vero non ex causa peculii comparatur, usu non capi, nec jure postliminii quaesitum intelligi: cum

prius esset ut quod usucaptum diceretur possessum foret. sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitatis ex die quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et possedisse sibi, et usucepisse intelligi.

5. fr. 22. §. 3. de Captiv. (*Julian.* LXII. Dig.) Quae peculiari nomine servi captivorum possident, in suspenso sunt. nam si domini postliminio redierint, eorum facta intelleguntur. si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes eorum pertinebunt.

6. fr. 12. §. 2. eod. (*Tryphonin.* IV. Disput.) Facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt. ideo eorum quae usucapiebat per semet ipsum possidens, qui postea nanctus est, (captus est nach gemeiner Lesart) interrumpitur usucapio: quia certum est, eum possidere desisse. eorum vero, quae per subjectas juri suo personas possidebat, usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Julianus scribit, credi (heredi gem. Lesart) suo tempore impleri usucapionem, remanentibus iisdem personis in possessionem. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset, an subjecta ei persona. sed Juliani sententiam sequendum est.

7. fr. 29. eod. (*Labeo* lib. VI. Pithanon a Paulo epitom.) Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti usucapere potuisti. Paulus: immo si quid servus tunc peculii nomine, dum in eo statu esset, possederit: id eo quoque tempore usucapere poteris quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus. et eo modo etiam hereditas nondum nato postumo, aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet.

In diesen Stellen ist es besonders die zweimal angeführte Meinung des Marcellus, welche die Schwierigkeit in der Interpretation begründet. Um richtig zu fühlen, worin diese eigentlich liege, ist aber eine allgemeine Uebersicht der in sämmtlichen Fragmenten behandelten Materie nothwendig.

Alle zusammengestellt betreffen die Lehre von der Fortsetzung der Usucapion an Gegenständen jeder Art für den Besitzer oder seine Erben auf den Fall einer Gefangennehmung des ersteren im Laufe der gesetzmäßigen Zeit. Die verschiedenen Fälle, für welche diese Frage ein Interesse haben, sind vier:

I. Setzt derjenige Besitzer im eigenen Namen, welcher Kriegsgefangener wird, im Fall seiner Rückkehr zufolge des Heimkehrrechts die vorher angefangene Usucapion fort, oder ist dieselbe unterbrochen?

Ueber die Beziehung der Unterbrechung und die Verneinung der Fortsetzung sind alle einig, namentlich Papinian (Nr. 1.), Paulus (3.), Ulpian (2.), Tryphonin. (6.) Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist nur zu bemerken, daß fr. 29. de Captiv. ohne allen Zweifel den vorausgesetzten Fall betrifft und Paulus in seinem immo keinen Tadel, sondern blos eine Ausnahme für diejenigen bemerklich machen will, welche Labeos Ausspruch etwa als einen generellen überall verstehen möchten. Diese Regel scheint auch nie dem geringsten Zweifel unterworfen worden, und allgemein anerkannt gewesen zu seyn. Hieraus schloß nun die natürliche Folge, daß dem Erben des Gefangenen die Usucapion eben so wenig lief, wenn letzterer in der Gefangenschaft starb; denn half ihm der Zeitablauf selbst nichts, wenn er zurückkehrte, wie wäre dieß in Betreff der Person des Erben möglich? sagt Paulus mit Recht. Der Besitz war einmal unterbrochen, und daher eine Wiederanknüpfung unmöglich.

II. Wenn eine in des Gefangenen Gewalt stehende Person in Rücksicht ihres Sonderguts (ex peculiari caussa) eine Erwerbung gemacht hat, fängt dann eine Usucapion für erstern auf den Fall seiner Rückkehr an, und wird dieselbe respective für den Erben (oder die erwerbende Person selbst) fortgesetzt, wenn der Gefangene in der Gefangenschaft stirbt?

Hierauf antworten Julian (Nr. 5.) und Papinian

(4) im Einverständniß ja. Tryphonin (6.) theilt Julians Meinung. Paulus (7.) ebenfalls. Marcellus ist der einzige, welcher (3 u. 6.) widerspricht, indem er keinen Unterschied zwischen dem ipse possidens captivus und per subjectas ei personas possidens gemacht wissen will. In Nr. 3. sagt Paulus, Julian habe sich nicht bestimmt darüber ausgesprochen, ob, wenn der Gefangene in der Gefangenschaft gestorben, die fictio legis Corneliae in so fern zur Anwendung komme, daß die Usucapion für die Erben fortlaufe. Da er nun nachher noch Marcellus anführt, so bleibt für die Interpretation die Frage übrig: wie ist die letzte Hälfte dieses Fragments, von den Worten: Marcellus etc. an zu verstehen, um mit dem von allen übrigen Juristen ausgesprochenen Lehrsatz nicht in Widerspruch zu gerathen. Die Lösung derselben wird unter der Frage IV. und in der weitern Ausführung erfolgen.

III. Wie ist die vorige Frage zu beantworten, wenn die Erwerbung des Besitzes nicht in Betracht des Sonderguts, sondern non ea peculiari caussa von Seiten der dem Rechte Anderer unterworfenen Personen geschehen ist?

Hierauf antwortet (ohne daß ein Zweifel Statt fände) direct Papinian (4.) allein, und sagt: für den Vater und Herrn, der in der Gefangenschaft ist, erwerben in diesem Fall weder das Kind noch der Sclav, er mag wiederkehren oder sterben; allein für sich erwerben die Kinder, wenn er dort stirbt, weil sie dann rückwärts gerechnet für eigenen Rechtens vom Tage der Gefangennehmung an gerechnet werden.

Die bis hieher gewonnenen Resultate unterliegen keiner Anfechtung; mit Ausnahme Marcells, der fr. 12. §. 2. de Captiv. und fr. 15. pr. de Usurp. sich abweichend ausspricht, sind alle Uebrigen einverstanden. Nun wird derselbe zwar in ersterer Stelle widerlegt, allein in der letzten hat man bisher gar nicht gewußt, wie man ihn mit sich selber vereinigen und dennoch dem Julian wie in der letztern wider-

sprechen lassen soll, ohne das sicher Geglaubte aufzugeben. Zu dem kommt nun noch die vierte Frage, welche keineswegs so unbedenklich, wie wohl die drei ersten, beantwortet werden kann, da sie nur in den zwei bestrittenen und der Interpretation so sehr bedürfenden Fragmenten von den beiden Dissentirenden, Marcell und Julian, behandelt und in den übrigen gar nicht erwähnt wird, noch Andeutungen vorkommen, die jenen mit wirksamerem Erfolg entgegengesetzt werden, und die darin herrschenden Zweifel beseitigen könnten. Diese ist so zu stellen:

IV. Wie verhält es sich mit dem Lauf der Usucapion in Ansehung der Besitzerwerbungen der Kinder und Sclaven eines Kriegsgefangenen, welche sie vor dessen Gefangenschaft gemacht haben?

Berührt wird diese Frage in Nr. 6 und 3. und zwar kann man in der ersten Stelle die angeführte Meinung Julians nur so verstehen, daß die Usucapion zu ihrer Zeit vollendet werde, mithin dieselbe der der Gegenstände eines Sonderguts in der Frage unter II. völlig gleich stehe. Nach der gemeinen Lesart in fr. 12. §. 2. d. würde sich die Fortsetzung der Usucapion dahin modificiren, daß sie auf die Erben zu beschränken wäre, und im übrigen der Interpretation überlassen bleiben, was auf den Fall der Heimkehr für den Zurückgekehrten selbst zu bestimmen sey. Diese Meinung Julians wird, wie schon bemerkt, auch gegen Marcellus Einspruch vertheidigt; allein in Bezug auf dessen ebenfallsigen Widerspruch in fr. 15. d. hat bisher die Klippe unbesiegt bestanden, daß dort seine Meinung doch nicht widerlegt werde?

Zur bessern und leichtern Einsicht in die folgende Darstellung wird es nicht unangemessen seyn, die bisher bestimmt gewonnenen Lehrsätze hier zu übersehen?

1) Wer sich im Usucapionsbesitz befindet und gefangen wird, der kann nach seiner Zurückkunft in Folge des Heimkehrrechts die Usucapion nicht fortsetzen, sondern dieselbe ist unterbrochen.

2) Wenn er daher in der Gefangenschaft stirbt, so können auch seine Erben den unterbrochenen Besitz nicht fortsetzen.
3) Der durch ein seinem Rechte unterworfenen Person während seiner Gefangenschaft erworbene Besitz nützt dem Zurückgekehrten zur Usucapion nur dann, wenn er auf den Grund eines Sonderguts Statt gefunden.
4) Ist der Gefangene aber bei den Feinden gestorben, so nützt der durch einen Sclaven wie vorgedacht erworbene Besitz dem Erben, der durch ein Kind erworbene diesem selbst.
5) Ist dieser Besitz von Seiten des Kindes nicht auf den Grund seines Sonderguts erworben worden, und sein Vater in Gefangenschaft gestorben, so nützt er dem ersteren doch zur Usucapion.

Folgende Fragen hingegen bleiben bestritten:

6) Wie ist es mit dem Lauf der Usucapion derjenigen Gegenstände, welche der Herr oder Vater bei der Gefangennehmung durch seinem Rechte unterworfene Personen besaß, wenn er zurückkehrt, und wie, wenn er dort stirbt, rücksichtlich seiner Erben?
7) Findet bei Beantwortung dieser Frage ein Unterschied zwischen Besitz auf den Grund eines Sonderguts und anderem Statt, oder nicht?

Wenn zugegeben werden muß, daß in Ermangelung directer Antworten diese Fragen nach Analogie der vorigen zu beurtheilen sind, so wollen wir ihre Beantwortung einmal aus der Natur der Sache und der hier zur Sprache kommenden Rechtslehren vom Besitz zu entwickeln suchen, und dann sehen, was eigentlich in den Fragmenten, welche bestritten bleiben, enthalten sey?

Die in dem Pandectentitel de Captivis etc. (der des Codex ist mit Ausnahme von Const. 18., die eine specielle Frage des **Verlusts** durch Verjährung betrifft, nur auf persönliche Verhältnisse bezüglich) enthaltenen Lehrsätze über die Vermögensverhältnisse der Gefangenen lauten so: „Der Gefangene

wird, wenn er in der Gefangenschaft stirbt, von dem Tage seiner Gefangennehmung an durchaus als todt betrachtet. Darum fällt alles, was seine Sclaven inzwischen erwerben, und der Zurückgekehrte selbst bekommen würde, an seine Erben; was seine Kinder erwerben, an diese, wenn sie nicht Erben werden wollen, allein. Kehrt er zurück, so erhält er Alles, was seine Kinder und Sclaven erworben haben.

fr. 1. d. T. (*Marcell.* XXII. Dig.) Quod servus ejus qui ab hostibus captus est, postea stipulatus est, aut si legatum sit servo ejus, posteaquam ille ad hostes pervenit: hoc habuerunt heredes ejus; quia et si captivitatis tempore decessisset, adquisitum foret heredi.

fr. 12. §. 1. eod. (*Tryphonin.* IV. Disp.) Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui juris facti, an adhuc pro filiis familiarum computentur; nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patresfamiliarum, reverso nunquam non in potestate ejus fuisse credentur: ideo de his, quae medio tempore adquirunt stipulatione, traditione, legato, nam hereditate non possunt tractatum est: ubi non est reversus, * si forte * alii vel in totum, his exheredatis testamento, vel in partem instituti sunt heredes: utrum id hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint? quod verius est diversumque in his, quae per servos acquiruntur: merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseverant hi sui juris exinde, sibique ideo acquisisse intelleguntur.

fr. 18. eod. (*Ulp.* XXXV. ad Sabin.) In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

fr. 22. §. 1. eod. (*Julian.* LXII. Dig.) Apparet ergo eadem omnia pertinere ad heredem ejus, quae ipse, qui hostium patitus est habiturus esset, si postliminio revertisset: porro, quaecunque servi captivorum stipulantur, vel accipient adquiri dominis intelleguntur, cum postli-

minio redierint: quare necesse est, etiam ad eos pertineant qui ex lege Cornelia hereditatem adierint. Quod si nemo ex lege Cornelia heres extiterit, bona publica fient. Legata quoque servis eorum praesenti die vel sub conditione ad heredes pertinebunt. Item si servus ab extero heres institutus fuerit, jussu heredis captivi adire poterit.

Hiebei lasse man nicht aus den Augen, daß der Ersitzung dabei gar nicht gedacht ist, auch alle Beispiele nur von Stipulationen, Vermächtnissen u. s. w. handeln. Von diesem ist in dem gedachten Titel blos in dem ausgesetzt gebliebenen fr. 12. §. 2., aus dem hier noch kein Resultat gezogen werden kann, und in fr. 29. die Rede. Letzteres sagt: Allgemeine Regel ist, es findet in der Zwischenzeit für den Heimgekehrten Ersitzung nicht Statt; eine Ausnahme macht der durch Sclaven auf den Grund ihres Sonderguts erworbene Besitz, und zwar, wie man verstehen muß, sowohl für den zurückgekehrten Gefangenen, als für seine Erben.

Wenn nun feststeht, daß der Gefangene oder seine Erben einen auf den Grund eines Sonderguts nach der Gefangennehmung durch seinem Rechte unterworfene Personen begonnenen Usucapionsbesitz fortsetzen kann, nicht aber den vom erstern vorher selbst begonnenen, so frägt sich: woher dieser Unterschied? — Der Grund findet sich ausführlich nicht erörtert, sondern es werden überall nur diese Lehrsätze mit größter Uebereinstimmung aufgestellt; ich halte denselben aber gerade für den Schlüssel zu der ganzen Lehre. Meine Ansicht davon ist folgende.

Das Sondergut der Kinder wie der Sclaven ist nichts weiter als ein Analogon des vollen Eigenthums eines Hausvaters. Dieser hat das Obereigenthum daran, ist auch in rechtlicher Hinsicht einziger und wirklicher Eigenthümer, allein er hat der seinem Rechte unterworfenen Person die Disposition darüber und zwar nicht blos in seinem Interesse zugestanden; darin liegt nun die Befugniß, Erwerbungen jeder Art auf den Grund des Sonderguts, ex caussa peculiari,

d. h. solche, die ihrem Ursprung, ihrer Beschaffenheit und ihrem Zweck nach mit dem Sondergut zusammenhängen, zu machen; alles übrige erwerben solche Personen nach wie vor für ihren Herrn oder Vater. Um Erwerbungen dieser Art machen zu können, die ihrer Natur nach denen unter andern Umständen gemacht werdenden völlig analog zu beurtheilen sind, ist nun aber nicht blos die Fähigkeit körperlicher Apprehension nöthig, sondern auch ein animus dominii. Dieser Animus ist nun zwar ursprünglich nur eine Art von Emanation dessen des Herrn oder Vaters, indessen doch dadurch, daß er einem vernünftigen Wesen eigenthümlich ist, ein neuer darum, weil er nicht nur vom Hausvater den unter seiner Gewalt stehenden Personen als ein Theil seines Willens in Anwendung auf das ihm verstattete Sondergut übertragen wird, sondern zugleich auch als geistige Selbstthätigkeit nur in so fern erscheint, daß der Herr und Vater durch seine Erlaubniß dazu dem Willen des Kindes und Sclaven rechtsverbindliche Folgen im Allgemeinen beilegt; da hingegen ein solcher für diese Personen rücksichtlich anderer Vermögensgegenstände nicht vorhanden ist, sondern jene hier lediglich für den Hausvater unmittelbar erwerben. Dieß beweist auch der Umstand, daß dem Rechte Anderer unterworfene Personen, selbst wenn ihre Herren oder Väter gar keinen Willen haben (wie Wahnsinnige), dennoch für sie erwerben können, wo sie also den dieser einstweilen gewissermaßen ersetzen.

Zur Usucapion ist die erste Bedingung der Besitz. Dieser ist Factum und Recht zugleich, und setzt einen animus possidendi voraus. Da nun also eine dem Rechte Anderer unterworfene Person in Betracht ihres Sonderguts völlig befähigt ist, einen Besitz zu erlangen, so muß auch die Ersitzung für den Gefangenen anfangen, und späterhin fortgesetzt werden. Dieser Anfang für ihn ergibt sich aber erst ex eventu, d. h. wenn er zurückgekehrt ist, indem er dann so in alle seine Rechte wieder eingesetzt wird, als wäre er gar nicht gefangen worden.

fr. 5. §. 1. de Captiv. (*Pompon.* XXXV ad Qu. Muc.) In bello — captus — reversus postliminium habet, i. e. perinde omnia ei restituuntur jura ac si captus ab hostibus non esset.

Was Kinder und Sclaven inzwischen von andern Gegenständen erwerben, daran können sie darum keinen Usucapionsbesitz (vom Augenblick der Erwerbung an) erwerben, weil sie dazu keinen eigenen Willen haben, und der des abwesenden Hausvaters fehlt; dieser hat keinen und erhält ihn erst wieder, wenn er heimkehrt, mithin kann er erst dann den Besitz erwerben und die Ersitzung beginnen. Allein in Ansehung der Sondergutsgegenstände hat er schon früher, ehe er gefangen ward, seinen Kindern und Sclaven den darauf bezüglichen Willen zur Besitzergreifung (ad usucapionem) geliehen oder übertragen, und dieser geht auch nicht verloren, wenn er selbst gefangen wird, weil, wenn der Hausvater heimkehrt, angenommen wird, er sey gar nicht abwesend gewesen, wenn nicht, er sey am Tage seiner Gefangennehmung gestorben, mithin die Sondergüter seinem Nachlaß sogleich verfallen, resp. die neuern Erwerbungen von den Kindern als Leuten eigenen Rechts geschehen. In dieser Beziehung ist also gewissermaßen von seiner Persönlichkeit und seinem Willen Etwas im Staate zurückgeblieben, wodurch Usucapionsbesitz möglich wird, gerade wie dieß der Fall ist, wenn er nicht gefangen wird, die Besitzergreifung aber ohne seinen Willen geschieht. Durch seine Heimkehr erfolgt nur die Bestätigung von etwas schon Vorhandenem, vermöge der Fiction des Heimkehrrechts, durch seinen Tod aber ebenfalls von Seiten der Erben, vermöge der Fiction des Cornelischen Gesetzes. Daher findet Ersitzung Statt.

Hiermit ist zugleich erwiesen, warum bei spätern Besitzergreifungen der des Gefangenen Rechte unterworfenen Personen nicht auf den Grund ihres Sonderguts keine Usucapion möglich sey. Dadurch kann nämlich gar kein Besitz, ad usucapiendum für die Zeit bis dahin begründet werden, wo der

Erbe die Erbschaft antritt, respective von keiner Fortsetzung der Usucapion die Rede seyn, denn es fehlt an einer Person, die Besitz überhaupt erwerben könnte, und es ist also eine bloße Detention von Seiten des Sclaven vorhanden; sobald aber eine solche auftritt, eben der Erbe, fängt der Besitz ad usucapionem für sie pro herede an (sobald dem sonst nichts entgegensteht); Kinder hingegen setzen vermöge der Fiction des Cornelischen Gesetzes als Leute eigenen Rechtens schon vom Tage der Gefangennehmung die Ersitzung mit dem Factum des Besitzes für sich fort. Für fremde Erben ist dieß aber darum nicht möglich, weil diese in das Factische des Besitzes erst mit dem Erbschaftsantritt eintreten.

Der Grund, weßhalb der per se possidens nach seiner Gefangennehmung und spätern Rückkehr den angefangenen Usucapionsbesitz nicht fortsetzen kann, ist fr. 19. ex quib. css. majores sehr treffend, und mit dem Vorstehenden in Einklang dahin angegeben, daß im Postliminio keine caussa facti enthalten sey, der Besitz aber plurimum facti habe. Damit stimmen die Anfangsworte von fr. 12. §. 2. de Captiv. vollkommen überein. Nun fragt es sich also, ist hiernach möglich, daß der Gefangene einen Besitz, den er früher durch seinem Rechte unterworfene Personen schon hatte, später nach seiner Heimkehr weiter fortsetzen könne, ist ferner dieser Besitz in der Zwischenzeit vorhanden gewesen, und kommt die Fortsetzung und der frühere Besitz den Erben zu Statten?

Daß Besitz durch Stellvertreter erworben werden könne, gleichviel ob durch personas subjectas oder freie Personen, so lange der Herr im Staate ist, ist bekannt genug *). Mit Recht sagt Savigny, daß dieser Besitzerwerb etwas Eigenthümliches habe; dieß liegt ganz besonders in dem Verhältniß des Herrn und des Repräsentanten, welches bei freien Personen Auftrag, bei andern die juristische Gewalt über den

*) Savigny Besitz §. 26.

Repräsentanten *) begründet. Von den Bedingungen zur Besitzerwerbung, Apprehension und animus possidendi, hat der Sclave, da über die erstere kein Zweifel Statt finden kann, den letztern eben sowohl wie der freie Stellvertreter; es versteht sich übrigens, daß er ihn für den Herrn haben müsse,

fr. 1. §§. 19. 20. de acquir. poss. (*Paul.* LIV. ad Ed.) Haec quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem. Nam si jubeas servum tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere, non est tibi adquisita possessio. §. 20. Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent: nobis non possunt adquirere. Alioquin si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.

und daß dieser darum wisse; daß dieß in den zu erklärenden Gesetzstellen vorauszusetzen sey, beweist der gebrauchte Ausdruck per alios possidebat, und die allgemein bekannte Regel, daß für einen Nichtwissenden außer dem Sondergute kein Besitz erworben werden kann. Hiermit fängt auch die Usucapion an,

fr. 1. §. 5. eod. Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, — quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permisimus. Igitur ex causa peculiari et infanset furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt, et heres si hereditarius servus emat.

---

*) Savigny, S. 269.

fr. 31. §. 3. de Usurpat. (*Paul.* XXXII. ad Sabin.) Si servus meus vel filius peculiari, vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam, vel etiam usucapiam, si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere, et usucapionem procedere. — Idemque in colono et inquilino, per quos possidemus, dicendum est.

fr. 47. eod. (*Paul.* III. ad Nerat.) Si emtam rem mihi procurator ignorante me, meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

Nun ist es klar, daß in Betracht der beiden Haupterfordernisse des Usucapionsbesitzerwerbes, wenn von der Fortsetzung des Besitzes durch andere Personen die Rede ist, was eben so gut möglich ist, wie der Erwerb *), das persönliche Verhältniß des Herrn zur Sache, soweit es das Factum betrifft, gar keiner Aenderung unterliegen könne, so lange sich der Stellvertreter im Besitz befindet,

fr. 1. §. 45. de vi (*Ulp.* LXIX. ad Ed.) — si quis me vi dejecit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.

ja Sclaven behalten den Besitz sogar gegen ihren Willen,

fr. 15. de poss. (*Gaj.* XXVI. ad E. prov.) — Sed si is, qui in potestate nostra est, subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non omittimus possessionem, quia per hujusmodi personas adquiritur nobis possessio, et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere.

Ist es nun das Factum allein, wenn wir diese Sätze auf den Gefangenen anwenden, dessen Unterbrechung den Besitz in seiner Person endet, so muß das Gegentheil Statt finden, wenn, wie durch Sclaven, dieß erhalten wird. Denn

*) Savigny S. 327.

offenbar besteht zwischen dem Facto des Besitzes, des Stellvertreters und der Gefangennehmung gar kein solcher Zusammenhang und Einfluß, daß letztere auf erstere Wirkungen äußern könnte. Hieraus folgt aber, daß der durch Andere ausgeübte Usucapionsbesitz durch die Gefangenschaft des Herrn nicht erlösche, mithin fortdaure und seine Wirkung in Folge der nothwendig eintretenden einen oder andern Fiction künftig ins Leben treten müsse.

Die bisher entwickelte Ansicht, wonach die Fragen 6 u. 7 von der Fortsetzung des vor der Gefangenschaft des Hausvaters durch seinem Rechte unterworfene Personen erworbenen oder behaupteten Usucapionsbesitzes an Sachen jeder Art zu Gunsten seiner selbst wie seiner Erben zu bejahen wäre, ist nun aber in den Anfangs herausgehobenen Fragmenten, wo Marcellus spricht, Zweifeln unterworfen, und von den Interpreten desselben sowohl andere und unter sich wieder abweichende Meinungen daraus deducirt, als ihm selbst solche in den Mund gelegt worden, die er niemals gehabt haben kann.

Nach meiner Ansicht haben aber alle Ausleger ohne Ausnahme bisher die richtige Erklärung der Marcell'schen Worte in fr. 15. pr. d., wodurch dieses allein mit den übrigen und der Sache selbst in Einklang gebracht werden kann, verfehlt. Da es nun bei einer so vielen Zweifeln unterworfenen Stelle allerdings von Interesse ist, die Betrachtungen und Meinungen der wichtigsten Ausleger vergleichen zu können, so werde ich diese im Auszuge hier folgen lassen. Dabei ist es unumgänglich, deren Auffassung von der ganzen hier behandelten Lehre mit zu berühren, weil nur dadurch eine klare Einsicht in ihre Ideen möglich ist. Dahingegen muß ich auf die specielle Widerlegung der darin vorgetragenen falschen Lehrsätze verzichten, und soweit sie der von mir entwickelten, so wie meiner nachher folgenden Erklärung der Stelle widersprechen, lediglich auf eine und die andere ver-

weisen, indem die Nothwendigkeit, wenn letztere vor erstern richtig erscheinen, dieß als genügend erkennen lassen wird.

Antonius Augustinus *) gedenkt blos der abweichenden Lesart am Schluß des fr. 15. pr. de Usurp. und versichert, daß ein Alciatischer Codex statt locum non habere, *novam* habere lese.

Cujacius erwähnt dieser Materie an verschiedenen Orten zuerst im Commentar zum Titel de usurp. zu fr. 15. pr. Er nimmt an, „daß Julian von auf den Grund des Sonderguts erworbenen Gegenständen da handele, wo er sagt, daß diese möglicher Weise auf den Erben übergehen, und für den Erben erworben werden, und beide Fictionen, die des Cornelischen Gesetzes und des Heimkehrrechts zur Anwendung kommen könnten. Dieß läugne Marcellus in der Art, daß der Usucapionsbesitz im vorausgesetzten Fall dem zurückgekehrten Gefangenen überhaupt gar nicht nütze, wohl aber dem Erben; er liest deßhalb auch locum habere. M. wolle also eine weitere Ausdehnung des Cornelischen Gesetzes, und das bezeichnen seine Worte: plenius accipi posse. Dem Heimgekehrten gestattete er hingegen unter keinen Umständen Fortsetzung der Usucapion. Tryphoninus ziehe nun des Julianus Meinung vor. Was hingegen Jemand vor der Gefangennehmung selbst besessen habe, dessen Usucapion werde unterbrochen und auch für ihn nach seiner Rückkehr nicht fortgesetzt. Dahingegen scheinen ihm die Juristen darüber einig, daß dieß durch das Cornelische Gesetz für die Erben der Fall sey. Habe er aber vor der Gefangennehmung durch einen Sclaven besessen, so läugne Marcell Fortsetzung der Usucapion für den Zurückgekehrten, Julian aber nehme sie an, und ihm sey beizupflichten; für den Erben hingegen läugne sie ersterer nicht (locum habere). Daran, was ein Sclave nach der Gefangennehmung seines Herrn non ex peculiari caussa erworben, beginne kein Usucapionsbesitz, so wenig für

*) Emend. et Observat. I, 3.

den Zurückgekehrten als für seine Erben während der Gefangenschaft. Nur das Kind erwerbe in solchen Fällen, wenn der Vater nicht zurückkehre, für sich. — In fr. 45. §. 1. eod. würde er statt *peculii* nomine, *domini* n. lesen, weil geläugnet werde, daß daran, was ein Sclave peculii nomine erworben habe, die Usucapion für die Erbschaft vor dem Erbantritt laufe: und dieß doch dem fr. 44. §. 3. entgegen sey, wenn dafür die gering critische Autorität vorhanden wäre. In deren Ermangelung nimmt er ein in letzterer Stelle besprochenes (auch ausdrücklich erwähntes) Jus singulare contra Jus civile an, von dem die Rede darin sey, wonach hereditate jacente die vom Verstorbenen begonnene Usucapion laufe, und ebenso in Betreff der vom Sclaven besessenen Sondergutssachen, obwohl es nach Civilrecht anders sey.

Im Commentar zu Papinians Quästionen XXIII. (Ed. Neapol. T. IV. 633. seq.) und zu dessen Responsen X. (IV. 1275.) bleibt er derselben Ansicht treu, und spricht in letzterer Stelle die unter diesen Umständen gar nicht unwahrscheinliche Vermuthung aus, daß fr. 45. §. 1. verstümmelt excerpirt sey.

Ich habe aber dieser Antinomie darum keine Erwähnung gethan, weil ich sie auf die richtig verstandenen und unbezweifelt ächten Fragmente, welche in dieser Abhandlung erläutert werden, von gar keinem Einfluß halte, denn es fehlt in den bezüglichen Stellen das Hauptcriterium für die besprochene Frage, nämlich die Gefangenschaft des Herrn. Indessen gehe ich Schwierigkeiten in der Interpretation, wenn ich auf solche stoße, nicht gern darum vorüber, weil sie nicht direct oder indirect von Einfluß sind, und darum möge denn auch hier meine Erklärung folgen.

Es ist unverkennbar, daß die letztere Stelle aus Papinian mit den sonst über diesen Gegenstand vorkommenden, auch oben schon mitbehandelten Lehrsätzen und mit den andern selbst im grellsten Widerspruch stehe:

fr. 44. §. 3. d. (*Papin.* Quaest. XXIII.) Nondum aditae hereditati tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat; sed haec jure singulari recepta sunt.

fr. 45. §. 1. eod. (*Papin.* X. Resp.) Post mortem domini servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere: usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae; quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?

Hierzu vergleiche man die oben wörtlich schon angeführten fr. 1. §. 5. de possess. fr. 31. §. 3. und fr. 47. de Usurp. — Jedes Mittel, die vorstehenden beiden Papinian'schen Fragmente aus innerem Zusammenhang zu vereinigen, fehlt; in allen andern Fragmenten aus dem zehnten Buche der Responsen desselben werden andere Gegenstände behandelt. — Nun ist es aber eine unläugbar sehr auffallende Erscheinung, das Principium von fr. 45. ebenfalls in einem radicalen Widerspruch mit fr. 7. de divers. et temporal. except. zu sehen *)! Dasselbe ist nach allgemeiner Uebereinstimmung aller Interpreten sehr verdorben. In einem so kurzen Satze, wie fr. 45. zwei so große und offenbare Widersprüche mit übrigens unbestrittenen Regeln nicht zu finden, kann nun aber den Compilatoren der Pandecten so wenig zugetraut werden, als dem Papinian, in Ansehung des zweiten (§. 1. d.), seiner eigenen und der allgemeinen Ansicht entgegen sich auszusprechen. Mit Recht wird man daher annehmen dürfen, daß die Gestalt und der Sinn dieses Fragments, wie es zu uns gelangt ist, ein solches Mißgeschick getroffen habe, daß man aus ihm so, wie es ist, rechtliche Folgerungen gar nicht ziehen könne. Unterholzner **) kommt bei dessen Erklärung zu keinem Resultat;

*) S. meine Anmerkung zu dieser Stelle in dem deutschen Corpus Juris, Band IV. S. 323. (85.)

**) Verjährungslehre Th. I. S. 185. (179.)

denn was denkt man sich dabei, wenn er sagt: „die Ersitzung der von einem zur Erbschaft gehörigen Sclaven für sein Sondergut angeschafften Sache könne vor der erfolgten Antretung ersterer nicht vollendet werden, denn: Papinian sage Usucapionis *primordium* erit tempus hereditatis aditae. Doch dürfe dieß nicht so verstanden werden, als solle die Zeit vor der Erbschaftsantretung gar nicht in Anwendung kommen, denn derselbe Papinian spreche sich dafür in fr. 44. §. 3. aus.“ Nach meiner Ansicht ist es zuförderst gleichgültig, ob in fr. 44. §. 3. d. statt compa*rat* compar*arat* gelesen wird, was Best *) will. Zwar spricht dafür die gemeine und Haloandrische Lesart compa*ravit*, und auch in der Göttinger Ausgabe ist bemerkt, Taurelli hätte eigentlich compaRAt, d. h. rarat ediren sollen, wogegen Unterholzners Einwendung, daß die Entgegenstellung des Falls si dominus usucapere coeperat dieß unzulässig mache, wohl dadurch Erledigung finden möchte, daß damit nur klar dargethan ist, daß von einer Sondergutssache die Rede sey, welche der Sclave erworben hatte, allein er mag comparat oder compararat lesen, so wird dieß gar keinen wesentlichen Einfluß haben. Denn Besitzerwerbung ad usucapiendum des Sclaven ohne Herrn außer dem Sondergut ist undenkbar **), und mithin Ersitzung unmöglich, s. fr. 40. und 47. de Uusurp. Da nun dem Erben nur die Accessio defuncti des Besitzes zur Ersitzung zu Theil wird, so kann er auch den nach dessen Tode erst erlangten Besitz des Sclaven non ex peculiari caussa, den also der Erblasser gar nicht selbst gehabt hatte, nicht erhalten, und eine Erbschaft kann keinen Besitz erwerben.

fr. 1. §. 15. Si is qui testa. (*Ulp.* XXXVIII. ad. Ed.) — Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi: sed nec heredis est possessio, antequam possideat:

---

*) ratio emendandi legg. p. 319.

**) Savigny a. a. O, S. 266.

quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.

Nothwendig für den zu entwickelnden Sinn ist also die Lesart comparat nicht, denn wenn der Usucapionsbesitz auf den Grund des Sonderguts überhaupt erworben ist, so wird er für die Erbschaft allemal erworben, auch wenn nach dem Tode des Erblassers *), denn es dauert in der Person dessen, der das Sondergut besitzt, wie oben gezeigt worden, die Befugniß auch nachher fort, Usucapionsbesitz zu erwerben, indessen würde, wenn ein Erwerb des Usucapionsbesitzes nach des Erblassers Tode gemeint wäre, statt coeperat doch wohl coepit stehen. Cujacius will zwar aus dem Worte servus *hereditarius* durchaus folgern, daß die Zeit nach dem Tode gemeint sey, allein das ist doch nicht nöthig, sobald man sich im Geiste dahin versetzt, daß die Frage erst nach des Erblassers Tode entstanden sey, wo mit Recht der Sclave zur Bezeichnung hereditarius genannt wird. Daß von Sonderguts sachen die Rede sey, dafür zeugt auch noch das Wort comparare, welches in dieser Verbindung nebst emere solenn ist. Ist es also unwichtig, ob comparat oder compararat gelesen wird, so ist doch, was hier allein nöthig ist, so viel mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß von einem erworbenen Besitz *non* ex peculiari caussa nach des Erblassers Tode nicht die Rede sey. — Das erwähnte Jus singulare in fr. 44. §. 3., worauf mit Recht Cujacius so großes Gewicht legt, ist aber offenbar von der ganzen Lehre der Anknüpfung des Besitzes des Erblassers an den des Erben, obwohl inzwischen eine Zeit ohne Besitz für den spätern Erwerber verflossen ist, zu verstehen, indem für die Usucapion vor Septimius Severus schwerlich Zusammenrechnung der Besitzzeiten verschiedener Besitzer Statt gefunden hat; da nun Scävola in fr. 14. pr. de div. et temporal. except. dieselbe lediglich auf aequitas gründen will **), so ist

*) Savigny S. 270.

**) S. die historische Untersuchung bei Unterholzner I. S. 465.

bestimmt die Umbildung sehr allmählig vor sich gegangen und Papinian, der unter jenem Kaiser lebte und starb, hatte vollkommen Recht, von einem Jus singulare zu sprechen.

Hieraus wird der Schluß gerechtfertigt seyn, daß in fr. 45. §. 1. d. entweder eine Corruption vorhanden, oder die Stelle auf andere Weise verstümmelt seyn müsse; denn was darin behauptet wird, ist nach dem Pandectenrechte falsch, sodann passen die Schlußworte nicht zum Hauptinhalt und wer möchte dem Papinian im Ernste zutrauen, das behauptet und eine solche Anwendung des Schlußsatzes gemacht zu haben? — Vielleicht hat es, wie Cujacius vermuthet, domini statt peculii geheißen, vielleicht fehlt ein wesentlicher Theil am Schluß. Weitere Hypothesen würden auf grundlosen Boden führen.

Bei allem dem ist so viel gewiß, daß dieses Fragment auf die in gegenwärtiger Abhandlung behandelten Fragen keinen Einfluß hat.

Joseph Fernandez de Retes Opuscul. VI. 18. (Thes. Meermann. VI. 297.) geht davon aus: weil das Postliminium nichts, was facti sey, enthalte, so werde der Besitz durch Gefangennehmung unterbrochen, und also die Usucapion.

In fr. 12. §. 2. de Captiv. sey der mitgetheilte Streit zwischen Julian und Marcellus dahin zu verstehen, daß letzterer meine, es sey einerlei, ob der Gefangene per se oder durch seinem Rechte unterworfene Personen besessen habe, mithin werde die Ersitzung unterbrochen. Allein die entgegenstehende Meinung, daß die Ersitzung an solchen Sachen Statt finde, welche der Gefangene durch seinem Rechte unterworfene Personen besitze, die im Besitz geblieben seyen, sey vorzüglicher und auch in jure angenommen. Diese Behauptung sey dahin näher zu bestimmen, daß ein Sclave auf den Grund seines Sonderguts zu besitzen und ersitzen anfangen könne. Non ex peculiari caussa können Sclaven nur vor des Herrn Gefangennehmung angefangenen Besitz vollenden, neuen aber nicht anfangen. In Ansehung des fr. 15. pr. d.

sey nur zu beobachten, daß die Lage eines verstorbenen Gefangenen und eines Erben eine ganz verschiedene sey; der Erbe setze nämlich den Besitz fort und zwar in Folge der Fiction des Cornelischen Gesetzes; sterbe also der Gefangene beim Feinde, so habe er gar nicht aufgehört zu besitzen. Es sey diese Fiction also plenior als die des Postliminii. In den Worten von Quod si an setze Paulus nicht gerade voraus, daß der Sclave ex peculiari caussa zu besitzen angefangen habe, allein man müsse dieß doch annehmen, weil sonst gar kein Besitz anfange. Julians Meinung gehe dahin, daß wenn der Herr zurückkehre, er die Ersitzung fortsetze, wenn nicht, er bezweifle, daß dieß für den Erben der Fall sey. Julian sey also mit sich selbst im offensten Widerspruch, wenn man fr. 12. §. 2. de Captiv. betrachte. Marcellus sey gerade umgekehrter Ansicht, nämlich daß für die Erben der Besitz fortgesetzt werde (er liest also locum habere), und führe als Grund an: der Zurückgekehrte könne nicht mehr Rechte, als er durch sich selbst oder Andere besitzend habe, erlangen, wenn Andere für ihn (postea) handelten. Allein das, was der Gefangene selbst oder durch Andere vorher besessen, werde für die Erben erworben, wie Julian selbst (fr. 12. §. 2.) aufstellt; es schlage also Marcellus den Julian mit seinen eigenen Waffen. Paulus billige das, und darum habe nun für die Zurückgekehrten zwar im vorausgesetzten Fall keine Ersitzung Statt, wohl aber für den Erben!

In dieser Erklärung herrscht ohne Zweifel die größte Verwirrung richtiger und falscher Begriffe, und Marcell müßte darnach durchaus Unsinn und Widerspruch (fr. 12. §. 2. d.) wissentlich geschrieben haben.

Franciscus Ramos del Manzano ad Tit. de acquir. vel omittenda possess. Recitat. Pars II. Cap. II. (Thes. Meerm. VII. 99 sq.) geht davon aus, daß durch den Tod aller Besitz erlösche und nicht einmal für die Erbschaft fortgesetzt werde. Diesem Grundsatz sey es nicht entgegen,

wenn es fr. 31. §. penult. fr. 40 u. 44. §. 3. de Usurp. und fr. 2. §. 18. fr. 6. §. ult. pro emtore heiße, daß die vom Erblasser begonnene Usucapion für die Erbschaft fortgesetzt werde (inmaßen Usucapion ohne Besitz nicht Statt finde). Denn das sey blos jure singulari utilitatis caussa angenommen, nicht daß die Erbschaft besitze, was unmöglich sey. Nun frage sich aber, warum es bei dem Gefangenen, welcher Postliminio zurückgekehrt sey, anders gehalten werde; dieser Grund liege darin, daß die Usucapion stets eine Person voraussetze, zu deren Gunsten sie laufe, und diese repräsentire die Erbschaft, aber nicht der Gefangene, denn dieser sey usucapionsunfähig, und die suspensio jurium personae widerstrebe der Fortsetzung der Usucapion. An den Sachen, die der Gefangene durch seinem Rechte unterworfene Personen vor seiner Gefangennehmung besessen habe, und die sie nachher ex caussa peculiari erworben hätten, werde auch während jenes Abwesenheit Besitz und Usucapion fortgesetzt, und zwar darum, weil die körperliche Detention fortgesetzt werde, das was Juris sey, aber die Fiction in einem oder dem andern Fall ersitze. Der Grundsatz, daß eine Erbschaft unfähig sey, des Erblassers eigenen Besitz fortzusetzen, in Anwendung auf die Besitzerwerbungen ex caussa peculiari der Sclaven müsse also auch strengem Rechte nach feststehen, weil der Erblasser selbst nicht besessen habe, allein es sey jure singulari in Ansehung von Sondergutsgegenständen das Gegentheil angenommen. Non ex peculiari caussa erworbener Besitz durch Erbschaftssclaven helfe dem Erben nur von seinem Erbantritt und Besitzergreifung an zur Usucapion. Der Grund, welcher dafür angeführt zu werden pflege, warum für den zurückgekehrten Gefangenen der Besitz nicht restituirt werde, nämlich die Unterbrechung der facultas naturalis libertatis propria, wodurch der Besitz erhalten werde, sey aber falsch, denn diese werde ja suspendirt und restituirt, und dieser Grund würde auch für jeden Besitz durch dem Rechte Jenes unterworfene Personen gelten; der wahre Grund sey vielmehr der, weil der Gefan-

gene körperlich die selbstbesessenen Sachen nicht behalten könne. Marcellus Einwand an beiden Stellen hingegen bedeute nichts, denn der Herr könne nur dann durch den Sclaven nicht besitzen, wenn dieser von einem Andern besessen werde, außerdem aber allerdings. Sterbe der Gefangene, so nütze dessen eigener früherer Besitz seinen Erben wegen der Fiction des Cornelischen Gesetzes zur Usucapion, und das sage Julian fr. 12. §. 2. d.; ebenso der früher Statt gefundene durch personas subjectas, und später erworbene ex caussa peculiari. Ueber die Anwendung der Fiction sey Julian aber in fr. 15. pr. d. zweifelhaft, und das bestreite Marcellus mit Recht, denn es sey der wahre Grund des jus singulare. Darum sey auch locum habere zu lesen.

Panzirolus Thesaur. var. Lect. äußert sich Lib. II. Cap. 12. so: dem vom Feinde gefangenen Besitzer hilft das Postliminium zur Fortsetzung der Usucapion so wenig wie seinen Erben. Später durch personas subjectas erworbener Besitz hilft zur Usucapion nur dann, wenn der Erwerb ex caussa peculiari geschehen, und zwar sowohl dem Gefangenen als den Erben. Julian äußere sich fr. 15. pr. d. zwar zweifelhaft darüber, allein an einer andern Stelle fr. 12. §. 2. d. erkläre er sich bestimmter. Marcellus wolle, daß der Erbe niemals die non peculiaria ersitze. Von Fiction, daß die Erbschaft den Herrn vertrete, sey darum keine Rede, weil das blos von den im Staate gestorbenen gelte. In fr. 15. pr. d. sey übrigens durch und durch von non peculiaribus die Rede. Wie Marcellus den Julian tadeln könne, sey nicht einzusehen. Dieser habe in fr. 15. d. über die non peculiaria blos gezweifelt, wovon Marcellus nichts wissen wolle, das sagen die Worte Quemadmodum etc. Falsch dagegen sey dessen Ansicht in fr. 12. §. 2. d., wo er von peculiaribus bestimmt rede.

Bests (a. a. O. Cap. 22.) Meinung hier vollständig zu referiren, würde ohne alles belehrende Interesse seyn, da er nur trivial über fr. 15. pr. d. räsonnirt, auch über Mar-

cells Worte in fr. 12. §. 2. d. nichts Genügendes beibringt. Nach ihm hätte Julian gegen Marcellus in letzterer Stelle Recht behalten, ihm folge daher auch Papinian und das sey auch vom Paulus fr. 15. pr. d. zu verstehen, obwohl er sich darüber nicht ausspreche. Marcell meine aber, daß die Fiction des Cornelischen Gesetzes Statt habe, und plenius, richtiger gelesen planius, zu verstehen sey, und ad heredes durchaus nichts übergehe. Dem sey Paulus stillschweigend entgegen, und spreche nur nicht darüber, qui mos non plane insolens diligenter notandus sit.

Unterholzner a. a. O. S. 482 ff. spricht sich über die Hauptstreitpunkte so aus: bei Untersuchung der Frage, ob der Gefangene oder seine Erben die vor seiner Gefangenschaft durch andere Personen begonnene Ersitzung fortsetzen, sey es einerlei, ob diese res peculiares betreffe oder nicht, sie würden nach fr. 12. §. 2. alle ersessen. In fr. 15. pr. d. seyen die Worte Quodsi servus etc. nicht von den Namens des Sonderguts vor, sondern nach der Gefangenschaft Erworbenen zu verstehen. Bisher habe man darin geirrt, daß man geglaubt, die fictio legis, welche erwähnt werde, sey legis Corneliae; allein das sey falsch, es sey vielmehr die des Postliminii zu verstehen, die auch fictio legis sey. Marcell sey demnach der Ansicht: Man müsse dem Jus Postliminii eine größere Ausdehnung und für den Zurückgekehrten allemal Restitution des Usucapionsbesitzes gestatten, ohne Unterschied, ob er ihn durch sich oder Stellvertreter ausgeübt habe; dieß sey aus fr. 12. §. 2. d. zu folgern. Denn da Julian dem Postliminio bei während der Gefangenschaft erworbenen Sondergutssachen diese Wirkung beilege, so dürfe er auch das Andere nicht läugnen, damit man nicht in Ansehung dieses Besitzes mehr Recht habe, als in Ansehung eines früher erlangten. (Diese Meinung Marcells habe aber keinen Eingang gefunden.) Wenn der Gefangene nun in der Gefangenschaft sterbe, so setzen die Erben auf keinen Fall die Ersitzung fort, denn die Fiction,

daß die Erbschaft die Person vertrete, gelte nur in gewissen Fällen.

So weit die bisherigen Interpreten.

Es ist schon oben versucht worden, die Frage über die Fortsetzung des Usucapionsbesitzes, welcher vor der Gefangennehmung des Herrn durch seinem Rechte unterworfene Personen erworben und auch später fortgesetzt worden, aus allgemeinen Principien und den Lehrsätzen gemäß zu beantworten, die in den unbestrittenen Gesetzstellen enthalten sind, und es ist dieß dahin ausgefallen, daß sie unbedingt zu bejahen sey. Es bleibt also die Aufgabe noch, die bestrittenen Gesetzstellen selbst der genauesten Prüfung zu unterwerfen.

Als Vorfragen sind folgende Punkte zu beachten. Ob Julian in fr. 15. pr. d. bei emerit an res peculiares denke, die nachher erworben werden, oder solche ohne Unterschied, die vor des Herrn Gefangennehmung durch seinem Rechte unterworfene Personen in Besitz genommen worden, ist zwar nicht evident zu ermitteln, allein es ist wegen des gebrauchten Wortes emerit, wovon schon vorher die Rede gewesen, sehr wahrscheinlich, daß wenigstens von rebus peculiaribus die Rede sey. Indessen kommt auf die bestimmte Lösung dieser Ungewißheit darum nichts an, weil sie in Bezug auf die von mir gegebene Beantwortung der Frage gleichgültig ist, indem darnach zwischen solchen Gegenständen kein Unterschied Statt findet, und so viel bestimmt feststeht, daß wenigstens non ex peculiari nomine erworbene Sachen nach der Gefangennehmung nicht gemeint seyn können. — Es ist ferner nicht zu bestreiten, daß Julians fr. 12. §. 2. d. ausgesprochene Meinung die von mir entwickelte Ansicht bestätige, und dieselbe auch von Tryphoninus gegen Marcellus in Schutz genommen, mithin diesem Unrecht gegeben werde. Hiernach concentrirt sich der ganze Streit über Julians und Marcells Ansichten auf fr. 15. pr.

Anzunehmen, wie Manche gethan, daß Julianus darin zwar Recht habe, auch gegen Marcell behalte, ohne

daß jedoch diesem widersprochen werde, und daß man sich entweder dieß denken, oder der Natur der Sache nach verstehen müsse, ist ein sehr schlechter Nothbehelf, da als Regel angenommen werden muß, daß, wenn in einem Fragmente die Meinungen mehrerer Juristen angeführt werden, die letztere die geltende ist. Ausnahmen davon machen natürlich solche, die ihrer Stellung und Fassung nach unzweifelhaft schon als widerlegt erscheinen; allein eine solche ist hier dem gemeinhin angenommenen Sinn nach unmöglich. Mit wieder Andern anzunehmen, Marcell widerspreche dem Julian nicht e diametro, sondern bestätige ihn, ist ebenso unzulässig, denn alsdann stände nicht nur Julian sich selbst in seiner zweifach ausgesprochenen Ansicht entgegen, sondern Marcellus wäre auch mit sich im radicalsten Widerspruch und der Vergleich Quemadmodum etc. enthielte baaren Unsinn. Gerade dieser setzt das Gegentheil voraus.

Wie schon angedeutet, läßt Alles erwarten, daß eigentlich Paulus in fr. 15. pr. d. nochmals auftrete, dem Julian Recht gäbe und dem Marcell widerspräche. Wäre dieß der Fall, so schwände alle Schwierigkeit, und an Gründen dafür fehlt es nicht.

Nach meiner Ueberzeugung gehören nämlich die Worte von nam hereditatem etc. an dem Paulus und nicht dem Marcell; natürlich muß man alsdann das non der Florentine herauswerfen, und dazu gibt die Autorität der einstimmigen Lesart der sogenannten Vulgate ein eben so großes Recht wie die hier ganz vereinzelt stehende Lesart der Florentine. Ja, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß Paulus von Nam an spricht, so ist zugleich der Grund der Entstehung der Lesart *non* habere gefunden. Denn wer diese Worte fälschlich dem Marcell zueignet, der mußte *nno* habere lesen, sonst kam ein absoluter Widerspruch im logischen Gedankengange zum Vorschein. Daß des Paulus Entscheidung mit einem nam anfange, kann übrigens nicht nur darum nicht auffallen, weil nam oftmals für sed steht, weshalb ich auf

Brisson. de Verb. Sign. §. 4. verweise, und nur folgende höchst schlagende Beispiele anführe, in denen nam einen sehr starken Gegensatz ausdrückt: fr. 19. §. 2. de Iudiciis *), fr. 8. §. 17. Quibus modis pignus. fr. 31. §. 10. de Aedil. Ed.; sondern auch wegen des bekannten dunkeln Paulianischen Styls.

Der Gedankengang und der Sinn des Fragments ist nun also folgender. Julianus spricht von rebus peculiaribus postea possessis, und behandelt also einen speciellen Fall von denen, die er fr. 12. §. 2. erwähnt; das beweist deutlich das Wort emerit, dessen technischer Gebrauch für solchen Fall schon früher erwähnt ist. Daß er über die aufgeworfene Frage sagt dubitari an, deutet darauf, daß er früher darüber selbst zweifelhafter Meinung gewesen und erst später die angenommen habe, welche die allgemeine geworden ist. Dieß wird dadurch sehr wahrscheinlich, weil, wie ebenfalls schon oben gezeigt worden, die Lehre von der accessio possessionis bei der Usucapion erst sehr allmählig und im Allgemeinen bestimmt erst lange nach Julianus aufkam. Dafür spricht auch der in fr. 12. §. 2. d. gebrauchte Ausdruck *credi*, und daß die Sache selbst zu des viel später lebenden Marcells Zeit immer noch nicht außer Zweifel seyn konnte, beweist dessen Widerspruch in einer Lehre von offenbar großer und häufiger practischer Bedeutung. Einen Anstoß oder eine Bedenklichkeit kann also des Julianus dubitari an in fr. 15. pr. d. gegen seinen gebrauchten Ausdruck in fr. 12. §. 2. d. unter diesen Umständen durchaus nicht veranlassen. Marcellus ist nun der dem Julianus gerade entgegengesetzten Ansicht, d. h. er will von der accessio possessionis in Ansehung solcher Fälle, wo sie auf das Vermögen von Kriegsgefangenen zur Anwendung kommen soll, unter keinen Umständen etwas wissen, dieß

*) S. meine Uebersetzung dieser Stelle im deutschen C. J.; vgl. auch Glück XIX. S. 425.

sagen deutlich seine Worte in fr. 12. §. 2. d., welche klar anzeigen, daß er die ausgesprochene Meinung in Ansehung der Person des Gefangenen selbst billige, und den Besitz aller übrigen Personen jeder Art dem jenes gleich gesetzt wissen wolle. Allein seine Meinung widerlegt Paulus von Nam an und tritt dem Julian bei.

Bei dem Allem ist nun freilich die Erklärung der Worte des Marcellus: Plenius f. l. accipi posse nicht evident zu machen, und nicht zu läugnen, daß die leichteste Art sie zu verstehen die ist, welche beinahe alle Interpreten voraussetzen, welche Marcells Meinung darin suchen, daß er die Erben habe ausgedehnter bevorrechten wollen, als Julianus, mithin eine umfassendere Ausdehnung der Fiction verstehen. Allein mir scheinen sie zugleich durch diese leichteste Erklärung überhaupt auf ihre ganze falsche Ansicht gerathen zu seyn, mithin aus ihr den Schluß auf Marcells Meinung gemacht zu haben. Nun stehen aber damit die folgenden Worte Quemadmodum etc. geradezu im Widerspruch, so daß es eigentlich unmöglich ist, das Unpassende dieses Vergleichs zu verkennen, denn er enthält ja eine Beschränkung und keine Ausdehnung: quemadmodum enim *minus* etc. und nicht *plus* müßte es heißen, wenn Sinn und Zusammenhang gewonnen werden soll, gerade darin aber liegt ja die Negation! — Meiner Erklärung gemäß ist es unumgänglich, daß in Plenius etc. eine Beschränkung liegt, und keine Ausdehnung; das verlangt und setzt das folgende Quemadmodum enim *plus* etc. voraus. Mag nun Best mit seiner Conjectur (von der er freilich in Bezug auf die Hauptsache einen ganz entgegengesetzten Gebrauch macht) planius statt plenius zu lesen, Recht haben oder nicht, so ist so viel gewiß, daß, wenn man sich der logischen Nothwendigkeit nicht entwehren kann, welche zum Zugeständniß der Beschränkung nöthigt, nichts übrig bleibt, als die Sache so zu verstehen, daß Marcellus sagen wolle, „die Fiction des Gesetzes könne richtiger verstanden werden, als daß sie

einen Zweifel, wie Julianus finde, zuließe"; richtiger sage ich, nämlich nicht so, daß dieser Zweifel nicht und vielmehr das Gegentheil, was Julian nur so anzudeuten wage, wirklich Statt finde, sondern daß umgekehrt die Wahrheit bei richtigem Verständniß der Fiction so nahe liege, daß gar kein Zweifel übrig bleibe, also ein solcher ganz unzulässig sey. Darauf folgt nun die Vergleichung. Setzt man nun Marcells Ausspruch in fr. 12. §. 2. d. dem Paulus, was ohne Zweifel statthaft ist, als bekannt voraus, wo er gar keinen Unterschied zwischen dem eigenen Besitz und dem durch ihm unterworfene Personen gemacht wissen will, und nicht nur die Fortsetzung der Usucapion für den Zurückgekehrten, sondern auch für seine Erben läugnet, und ist man unbedenklich anzunehmen berechtigt, daß Paulus nicht wörtlich den Marcell redend einführt, sondern nach eigener Anschauung seine Meinung mit kurzen Worten berichtet, und mit dem ihm eigenen dunkeln ungenauen Styl vorträgt, so ergibt sich folgender Zusammenhang in fr. 15. pr. d. Eingangs von Si — usucepisse stellt Paulus nicht weiter zu seiner Zeit bezweifelte Wahrheiten auf, worin alle Juristen einstimmig sind, welche Marcell allein (soweit uns bekannt) in den Pandecten bezweifelt, aber darin längst überstimmt war. Nun hatte Marcellus zwar mit den Uebrigen in Ansehung der Fortsetzung eigenen Besitzes die richtige Meinung gemein, und mochte sich wohl da, wo er ex professo davon handelte, genauer darüber ausgelassen haben (denn offenbar muß dieß eine andere Stelle als fr. 12. §. 2. d. und zwar eine eigene gewesen seyn!) und wahrscheinlich seine Fortsetzung auf den Besitz, welcher jenem am ähnlichsten war, nämlich den durch subjectas personas post captivitatem *non* ex peculiari caussa erworbenen, ausgedehnt, und sich eben da, in Anwendung dieses seines Schlusses auf das peculiari nomine postea Erworbene, über den Umstand, daß doch Niemand durch einen Andern nachher mehr erwerben könne, als er selbst zu behaupten im Stande gewesen sey, ausgespro-

chen, daraus aber wiederum die Folgerung gezogen haben, daß, was vom Erblasser gelte, vom Erben um so mehr gelten müsse, da Niemand mehr als er selbst habe, auf diesen übertragen könne; allein für Paulus war es hinreichend, dessen Einwurf nur mit dem kurzen quemadmodum enim etc. anzuführen, und zwar in Voraussetzung der ebenfalls bekannten Richtigkeit der ersten Hälfte von Julians Meinung, nämlich der Fortsetzung der Usucapion für den Reversus, und darum mochte er blos Marcells Widerspruch und nicht seinen angeführten falschen Grund in Bezug auf den Erben mit den Worten nam hereditatem abfertigen wollen. —

Hiernach ist die Stelle von Plenius an so zu verstehen: „Marcellus sagt nun, die Fiction des Gesetzes könne richtiger verstanden werden, als daß ein Zweifel dadurch veranlaßt werden könne; denn wenn der zurückgekehrte Herr nicht einmal das zu ersitzen fortfahre, was er selbst vorher besessen habe, wie soll es denn anders seyn in Ansehung dessen, was seine Sclaven inzwischen gethan, und er dieß, wenn er sterbe, auf die Erben transmittiren? Er begegnet also nicht der Meinung Julians in Bezug auf den Reversus selbst, sondern blos der in Ansehung der Erben; freilich hatte er (fr. 12. §. 2. d.) die dem erstern nachtheilige, also der des Julian darüber fr. 15. pr. d. ausgesprochenen entgegenstehende Ansicht auch, allein Paulus führt nicht dieß fr. 15. pr. d. an, vielleicht weil diese seine Meinung schon längst nicht mehr galt, und keiner besondern Beantwortung werth war, sondern blos den Grund, weßhalb er die Fortsetzung der Usucapion für die Erben läugnete, der sich also eher mochte hören lassen. Einzig darauf setzt nun Paulus auch hinzu: (nam etc.) „allein man hat angenommen, daß die Erbschaft in gewissen Fällen, wie hier, die Stelle einer Person vertrete, und darum findet für die Erbfolger die Fortsetzung der Ersitzung Statt.“

Jetzt lassen sich auch kürzlich die Irrthümer der Erklärungen anderer Interpreten übersehen.

Eben wegen nicht richtig verstandener Wortabtheilung

irrt Cujacius darin, daß er annehmen muß, Marcellus behaupte, dem zurückgekehrten Gefangenen nütze der Usucapionsbesitz an rebus peculiaribus postea possessis gar nichts, und dem Erben allemal. Hiermit steht der Satz quemadmodum etc. im einleuchtendsten Streit; Marcellus müßte darnach sagen: „der Zurückgekehrte kann für seine Person besessene Sachen so wenig usucapiren, als peculii nomine durch personas subjectas früher besessene und später erworbene, allein die Erben können dieß allemal." Wie könnte man denn nun aber vernünftiger Weise die Worte: Welchergestalt könnte denn dem Zurückgekehrten mehr Recht daran zustehen, was seine Sclaven inzwischen gethan haben, als daran, was er selbst oder durch Andere vorher besessen, ehe er gefangen worden", mit jener Voraussetzung in Einklang bringen und mit dem Nachsatz: „denn die Erbschaft vertritt die Stelle der Person und darum habe für die Erben Ersitzung Statt." Denn offenbar ist der Satz Quemadmodum etc. vom Captivus allein zu verstehen, und wie könnte denn Marcellus einen Grund für seine Meinung, weßhalb dieser gar nichts ersitze, als solchen so anwenden, daß aus diesem Grunde der Erbe alles ersitzen müsse?

Retes irrt ebenfalls darin, daß er glaubt, Paulus billige Marcells Ansicht gegen Julian und darum habe Ersitzung Statt für die Erben. Hier gilt aber ganz das, was so eben gegen Cujacius gesagt worden, über den Gebrauch des Marcell'schen Grundes. Und dieser will ja nicht, daß die Erben sollen die Ersitzung fortsetzen können, der Erblasser aber nicht, sondern daß weder dieser noch jene es können. Außerdem enthält seine Erklärung eine sophistische Deutung von Marcells gegen Julian gerichteten Worten (daß er diesen mit seinen eigenen Waffen schlage), woran gar nicht zu denken ist. — In derselben Art hat Manzano den Marcell ganz falsch verstanden. Panzirolus Meinung ist darum unzulässig, weil er dem Marcell einen zugestandenen Unterschied zwischen rebus

peculiaribus und non peculiaribus in den Mund legt, woran dieser nicht denkt, und meint, daß Julian in fr. 15. pr. d. von letztern rede.

Bests Auslegung scheitert an der falsch angenommenen Lesart l. *non* habere, welche natürlich die Meinung Marcells, wenn man noch dazu annimmt, daß diese Worte ihm auch angehören, neben dem Quemadmodum etc. in eben so großen Widerspruch stürzen müssen, wie gegen Cujacius dargethan ist.

Unterholzner substituirt dem Marcell, daß er in den Worten Plenius etc. vom Postliminio rede. Allein diese Annahme ist ohne allen Einfluß auf die Sache. Denn wie ist es möglich, dem Marcell in den Mund zu legen: daß er dem Reverso die Fortsetzung der Usucapion allemal geben wollte, dem Erben aber nie? ohne mit dessen gerade umgekehrten Behauptung in fr. 12. §. 2. in den offenbarsten Widerspruch zu gerathen, und ohne das Widersprechende schon in dem Quemadmodum enim *plus* etc. zu finden? —

Uebrigens darf man von diesen Fragmenten wohl mit der Beruhigung scheiden, daß, wenn sie niemals genügend und so daß Keinem ein Zweifel daran bleibt, erklärt werden können, die Schuld lediglich an deren Verfassern insofern liege, daß Julians und Marcells Meinung uns nicht nach deren eigenen Worten vorliegt, sondern nur als Relata Anderer.

Hiernach bitte ich nun meine Uebersetzung von fr. 15. pr. d. im deutschen Corpus Juris dahin zu ändern:

Marcellus [ist zwar der Ansicht] es könne die Rechtserdichtung des Gesetzes richtiger verstanden werden, [als daß ein Zweifel übrig bleibe], denn [sagt er], wie sollte der durch das Heimkehrrecht Zurückgekehrte mehr Recht haben können in Ansehung dessen, was seine Sclaven gethan haben, als dessen, was er durch sich selbst oder einen Sclaven besaß,

als er gefangen ward? Allein die Erbschaft ist in einiger Beziehung als die Person vertretend angenommen worden, und darum also hat die Ersitzung für die Rechtsnachfolger Statt.

II.

Ueber fr. 4. §. 7. D. de Usurpat. et usucap.

Wenn sich eine Sache in Jemandes Usucapionsbesitz befindet, aber gestohlen wird, so wird dieser Mangel zur Usucapion bekanntlich nicht eher getilgt, als bis sie in des Eigenthümers Gewalt zurückgekehrt ist. Diese allgemeine Regel unterliegt verschiedenen Modificationen in Betracht der Person des Eigenthümers selbst, den ich vorher zunächst als den Bestohlenen vorausgesetzt habe, und der des letztern, wenn er nicht der Eigenthümer ist. Die Untersuchung über die Fragen, inwiefern dieselbe auf den Besitzer im guten Glauben und im schlechten Glauben anwendbar sey, liegt hier nicht als Zweck vor, und mag es daher genügen, auf den neuesten Schriftsteller *) hierüber zu verweisen. Näher unserem Gegenstande liegt schon die Anwendung auf den, der einen abgeleiteten Besitz ausübt. Daß sie für diesen zu bejahen sey, dafür sind überwiegende Gründe vorhanden.

Der abgeleitete **) Besitz (nicht die bloße Detention) ist nämlich zwar in Ansehung der Apprehension von keinem andern verschieden, und es wird dabei ausdrücklich das Eigenthum eines Andern anerkannt; es fällt mithin der animus domini weg, und der bisherige Besitzer verliert sein Besitzrecht nicht, allein der Andere übt doch fremden Besitz als Stellvertreter aus, und also ersitzt der vorige Besitzer durch ihn, als

*) Unterholzner a. a. O. Thl. I. S. 226.

**) Für jetzt bleibe ich den abgeleiteten Besitz betreffend noch be Savigny gegen Schröter (Ztschr. II. 232.) und Warnkönig stehen.

ob er noch immer den Besitz hätte *); vom Pfandgläubiger erwähnen die Quellen dieß namentlich:

fr. 36. de poss. Qui pignoris caussa fundum creditori tradit, intellegitur possidere.

fr. 16. de usurp. Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet.

und daß Stellvertreter den Besitz im Allgemeinen auch ad usucapionem fortsetzen, ist bekannt. (Savigny §. 33.) Es wird daher Unterholzners Annahme, daß die Rückkehr in des, den abgeleiteten Besitz Ausübenden Gewalt den Makel des Diebstahls tilge, keiner Anfechtung unterliegen.

Die Rückkehr einer entwendeten Sache in die Gewalt des Stellvertreters steht jedoch in Betreff der Wirkung des Besitzes quoad usucapionem der in die Gewalt des Herrn nur dann gleich, wenn er diese Rückkehr erfahren hat. Von dieser Regel führt Unterholzner folgende Ausnahmen an, in denen Wissenschaft des Herrn nicht nöthig ist: 1) wenn Vormünder und deren Stellvertreter die Sache wieder erhalten. 2) Wenn die Sache zur Zeit der Entwendung in des Stellvertreters Gewalt gewesen ist, und der Herr von jener noch nichts weiß, während dessen aber ersterer die Sache wieder erlangt, so genügt dieß, ohne daß Wissenschaft des Herrn erfordert wird; — und fährt dann so fort: „daß diese Grundsätze auch gelten, wenn eine dem Herrn entwendete Sache an eine seinem Rechte unterworfene Person gelangt, muß im Allgemeinen ganz natürlich scheinen; nur mag es auffallen, daß eine Ausnahme auch dann nicht einmal Statt findet, wenn dem Sclaven oder Kinde entwendet wird, was er peculiari nomine besitzt: der Herr muß nothwendig wissen, daß der Sclave die Sache wieder bekommen hat, wenn angenommen werden soll, die Sache sey in des Herrn Gewalt zurückgekommen", wofür als Beleg eben die in der Ueberschrift genannte Stelle genannt wird.

*) Savigny a. a. O. S. 254.

Zur vorläufigen Beseitigung eines Mißverständnisses dieser Worte, bemerke ich, daß der Anfang derselben: „diese Grundsätze u. s. w. nicht auf die zunächst vorhergehenden Wissenschaft nicht desiderirenden Ausnahmen die zu beziehen ist, sondern auf den Eingang des Paragraphen 69., wo eben dieß Requisit für den Stellvertreter gemacht wird.

Was nun Unterholzner auffallend nennt, ist es allerdings im höchsten Grade, indem ja der Besitzer des Sonderguts nicht blos den Herrn oder Vater viel vollständiger vertritt, sondern in dessen Besitz ein Analogon des realen Eigenthums mit Bewilligung des Herrn oder Vaters als Obereigenthümers ausübt. Allein eben deßwegen habe ich mir schon vor längerer Zeit die Frage gestellt, ob das Resultat, welches Unterholzner aus fr. 4. §. 7. zieht, wahr sey, und kann nur bekennen, daß ich völlig vom Gegentheil überzeugt bin. Diese Stelle lautet so:

Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse. commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem. nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus adpraehendat. si modo in peculio eam esse volui. nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim.

Die Basiliken gaben dieselbe ganz zusammengezogen so wieder:

'Ει δε ἀπὸ δούλου μοῦ ἀγνοῦντος, κλαπῆ πεκουλάριον, καὶ εἰδήσει μου δράξηται αὐτοῦ· διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσπόζει, εἰ θέλω τοῦτο ἔχειν αὐτον ἐν πεκουλίῳ· ἐπεὶ εἰς ἐμὲ ὤφελε περιελθεῖν.

Von Interpreten sind hier zu nennen:

Adrian Pulaäus de rei furtivae prohibita usucapione Cap. 16. *) Dieser stellt zuvörderst den Ausspruch des

*) Thesaurus Otton. IV, 341.

Labeo als überall gültige Norm auf, und verbreitet sich über den Beweis dieses Satzes, indem er zeigt, daß der Herr unter diesen Umständen den Besitz wieder erhält, wenn er auch vom Diebstahl nichts wisse, und also nichts von der Wiedererlangung. Zu dieser Behauptung des Labeo mache nun Paulus den Zusatz: Commodius etc. Diesen will er zwar mit seinen eigenen Worten redend einführen, allein es findet sich darin eine Abweichung von dem Texte: commodius dicitur, etiam si sciero, et eam nanctus sit servus, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui, (das heiße: i. e. quo casu peculiarem apud eum remanere volui) Nam si nolui etc. Ueber das Verhältniß der Worte beider Juristen zu einander erfolgt keine Aufklärung oder Betrachtung. Die Erklärung ist also ziemlich so gut wie keine.

Cujacius sagt im Commentar zu dieser Stelle in dem zu diesem Titel so: „Wenn eine Sondergutssache meinem Sclaven, ohne daß ich es erfahren, gestohlen worden, und er darauf ebenfalls ohne daß ich es erfahren, wieder in deren Besitz gekommen ist, so wird der Makel der Entwendung getilgt, weil angenommen wird, sie sey in meine Gewalt zurückgekehrt. Paulus fügt hinzu: wenn der ganze Vorfall, d. h. sowohl der Verlust als die Wiedererlangung mit meinem Wissen geschehen sey, so sey sie auch in meine Gewalt zurückgekehrt. Die Worte nec enim etc. seyen nämlich so zu verstehen: nec enim sufficere, si eam rem, quam *sciente me servus perdidit*, *me ignorante* servus apprehendat. Denn wenn ich weiß, daß ein Diebstahl geschehen ist, so kehrt die Sache nur in meine Gewalt zurück, wenn ich die Wiedererlangung kenne. Bedingung sey freilich, daß ich ferner wolle, daß sie zum Sondergut gehören solle; entgegengesetzten Falls sey es nöthig, ut ego ejus facultatem apprehenderim.

Derselbe im Commentar zu Paulus ad Edictum Lib.

LIV. (Opp. Ed. Neapol. T. V. p. 723.) führt ganz dieselbe Ansicht noch deutlicher und weiter aus.

Unterholzner deducirt aus der fraglichen Stelle, wie schon oben herausgehoben ist, das Wissen des Herrn von der Wiedererlangung des Gegenstandes als Conditio sine qua non. Bei Erklärung der Stelle will er zuerst Eingangs die Interpunction hinter subrepta sit gesetzt wissen, und ignorante me zu deinde ziehen. Die Worte Si modo seyen dem Labeo gehörig. Uebrigens beschränke Cujacius die Nothwendigkeit der geforderten Wissenschaft (von der Wiedererlangung) des Herrn mit Recht auf den Fall, wo er auch die Entwendung erfahren. Auch erkläre sich daraus vielleicht der scheinbare Widerstreit zwischen Labeo und Paulus. Labeo möge einen solchen Fall vor Augen gehabt haben, wo der Herr noch nicht erfahren, und entscheide darum in dieser Voraussetzung richtig; Paulus hingegen den umgekehrten Fall und darum erscheine ihm die Entscheidung Labeo's falsch." Alles dieses steht in Anmerkung 241.) Nun scheint mir aber aus dieser Erläuterung (?) nothwendig hervorzugehen, daß Unterholzner zwischen zwei Meinungen schwankend gewesen und die Schlußparenthese der Anmerkung bezeichnet die Stelle als eine unausgemachte Streitfrage; denn die in der Note ist eine andere als die im Text aufgenommene, obwohl der letztern der Vorzug gegeben ist.

In der Uebersetzung des Corpus Juris nahm ich zu dieser Stelle, Bd. IV. S. 301. Anmerk. 52) an, daß die Unterholzner'sche Meinung falsch sey, und suchte zu beweisen, daß die Wiedererlangung auch für den Herren dann Statt finde, wenn er den Diebstahl gekannt, aber nicht gewußt, daß der Sclave der Sache wieder habhaft geworden wäre. In dieser Rücksicht erklärte ich das nec enim sufficit, von dem ohnedieß nicht ausreichend genug begünstigten Verhältniß des Herrn zum Sclaven, und betrachtete es als einen Zwischensatz, der in Parenthese gehöre, gewann also das Re-

sultat, daß nicht das Wissen oder Nichtwissen des Herrn entscheide, sondern die Eigenschaft der Sache.

Hätte ich damals die Cujacische Meinung gekannt, so würde ich nicht, in der Ueberzeugung, daß Unterholzners unbedingte Forderung der Wissenschaft des Herrn falsch sey, mich so weit haben fortreißen lassen, von einem Extrem aufs andere zu verfallen *). Denn darin liegt der ganze Fehler, den ich begangen habe, und den ich jetzt zu verbessern bemüht bin.

Offenbar ist von den bisher gedachten Erklärungen die Cujacische die einzig richtige, sie ist es aber auch von Wort zu Wort. Ich will sie hier von Neuem zu begründen suchen.

Me ignorante muß bei subrepta sit bleiben, und kann nicht zu nanctus est gezogen werden; damit läugne ich aber gar nicht, daß der Herr nun auch nicht um die Wiedererlangung gewußt habe, sondern es ist dieses sein zweites Nichtwissen eine ganz nothwendige Folge aus dem ersten Nichtwissen. Weiß er von der Wiedererlangung, so weiß er auch um den Diebstahl; allein wenn er um den Verlust weiß, und von der Wiedererlangung nichts, dann kommt die Sache nicht wieder in seine Gewalt, ehe er es erfährt. Das sagen die Worte: nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus adpraehendat, hier muß man bei dieser Ellipse hinzudenken alias exigendum est, ut ego facultatem

*) Ich besaß zwar damals die Neapolitanische Ausgabe der Werke des Cujas noch nicht, wohl aber die Hannöver'sche, worin wenigstens sein Commentar zu dem Titel de Usurpat. steht. Daß ich mir darin keinen Rath erholt, kam nur daher, daß ich fest voraussetzte, daß wenn daraus eine bessere Erklärung zu entnehmen sey, Unterholzner, der sich darauf bezieht, sie nicht würde verworfen haben. — (Nutzanwendung: wenn du weißt, daß Cujas eine Stelle erklärt, so lies sie allemal nach, wenn auch Andere und Neuere, selbst wenn es die besten wären, dieselbe erklären. Aus ihm ist immer zu lernen, — auch wenn er irrt!)

ejus nactus sim. Es ist mithin kein Gedanke an einen Streit zwischen Labeo und Paulus, oder richtiger einer Meinungsverschiedenheit zwischen beiden in den Worten vorhanden, so weit sie vorliegen. Paulus ergänzt nur den Labeo für den Fall des Wissens um den Verlust, und der Wiedererlangung, einen Umstand, den jener gar nicht in Betracht gezogen hatte. Dafür spricht der gebrauchte Uebergang durch das Wort commodius etc. Dieß nämlich zeigt niemals eine absolute Widerlegung an, sondern entweder eine ausdehnende und begünstigende Meinung, wenn eine solche vorangegangen, die eine Beschränkung in sich faßt, gerade wie im besprochenen Fragment, und in fr. 12. de rebus auctoritate jud. possid., oder wenn die Meinung angeführt wird, bei der sich ein unzweifelhafteres, sichereres, vortheilhafteres Verhältniß gestaltet, (s. die Beispiele bei Hänel de Verbor. formulis, §: 11. und außerdem fr. 1. §. 37. Depositi. fr. 7. §§. 17. u. 18. quibus ex caussis in possess. fr. 46. mandati, fr. 18. de test. milit. Ja es wäre vielleicht das commodius hier in Betracht von fr. 44. §. 1. de acquir. poss. zu nehmen, daß nämlich der Grund, warum dominis ignorantibus per servos peculiari nomine erworben werde, der sey, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere, ein Grund, der hier ebenfalls zur Anwendung kommt. — Etiamsi sciero ist aber nicht (wie Unterholzner will) so schroff zu verstehen, daß es ein neues Requisit und eine Beschränkung enthielte, mithin redisse etc. davon abhänge, sondern es ist zu ergänzen: etiamsi sciero, *surreptam esse;* denn redisse etc. hängt von commodius dicitur ab. Wären diese Worte so wie Unterholzner will zu verstehen, so würde es statt etiamsi heißen: tunc demum sufficit etc. — Die Worte nec enim si etc. sind aber, wie ich schon vormals bemerkt habe, ein wahrer Zwischensatz, der in Parenthese zu setzen ist. Denn deren gibt es in den Pandecten, wie Mühlenbruch im dritten Hefte des Archivs für civ. Prax. Band XV. durch ein glänzendes Beispiel dar-

gethan hat, viel mehr, als in den Ausgaben angegeben werden. Der darin ausgesprochene Gedanke ist auch dem Gegensatz, den die Worte des Paulus zu denen des Labeo enthalten, da einmal vom Wissen die Rede ist, vollkommen angemessen, d. h. es liegt erstaunend nahe, daß ihm diese Ausnahme in Ansehung des Wissens um die Entwendung und des Nichtwissens der Wiedererlangung einfallen mußte, ja es gereichte ihm zum Vorwurf, wenn er es nicht gethan hätte, weil man ohnedieß durch seinen Zusatz auf einen falschen Weg gerathen könnte. Si modo etc. kann endlich nicht mit den Worten des Labeo und dessen Lehrsatz zusammenhängen, wie Unterholzner auch will, sondern sie gehören dem Paulus. Denn Labeo setzt ja das Nichtwissen voraus, wie könnte also in Voraussetzung dessen nachher davon die Rede seyn: ut ego facultatem ejus nactus sim? Das Wollen kann doch nicht als unterbrochen präsumirt werden. Daß sie dem Paulus angehören, dafür spricht entscheidend, daß diese Worte auf den Fall des Wissens bezüglich sind, und die ganz gleiche Sentenz in fr. 4. §. 9. d. unter ähnlichen Umständen:

> Item si eam rem, quam servus subripuerit, peculiari nomine teneat, non videri in potestatem meam reversam, Pomponius ait, nisi ita habere coeperimus; quem admodum habuimus antequam subriperetur, *aut cum nescissemus in peculio habere concessimus.*

Die wörtliche Uebersetzung des §. 7. lautet also so: Auch sagt Labeo, daß, wenn eine zum Sondergute gehörige Sache meines Sclaven ohne mein Wissen gestohlen worden sey, er dieselbe nachher aber wieder erlangt habe, angenommen werde, sie sey in meine Gewalt zurückgekehrt. Vortheilhafter noch [für mich] wird behauptet, daß sie, wenn ich es auch gewußt habe, in meine Gewalt zurückgekehrt sey, (denn das genügt nicht, wenn der Sclave die Sache, welche er verloren, ohne mein Wissen wieder ergreift) wenn ich nur gewollt habe, daß sie zu seinem Sondergut gehören soll, denn

wenn dieß nicht mein Wille gewesen, so ist erforderlich, daß ich den Besitz selbst erlangt haben müsse.

Der Satz von Vortheilhafter an wird aber so zu paraphrasiren seyn: Vortheilhafter für den Herrn aber kann man noch als Regel aufstellen, daß die Sache auch dann in seine Gewalt zurückkehre, wenn er den Diebstahl erfahren hat, und um die Wiedererlangung weiß, und er deßhalb nicht neue eigene Besitzergreifung nöthig habe, (denn wenn in diesem Fall der Sclave die mit des Herrn Wissen gestohlene Sache ohne dessen Wissen wieder erlangt hat, so ist das nicht genug, sondern er muß, wie gesagt, die Wiedererlangung auch kennen,) natürlich aber gilt dieß nur in der Voraussetzung, daß der Herr will, die Sache solle ferner zu des Sclaven Sondergut gehörig bleiben; entgegengesetzten Falls ist eigene Besitzergreifung nöthig. — Hiernach würde es also bei Unterholzner Seite 230 nach den Worten vor Anmerkung 240) so heißen müssen:

> allein allerdings findet eine dritte Ausnahme in Ansehung der von diesen Personen besessenen Sondergutsgegenstände in so fern Statt, daß, wenn ein solcher ohne des Herrn Wissen gestohlen und wieder erworben worden ist, er den Besitz daran wieder erhalte, wenn mit seinem Wissen beides geschehen, ebenfalls, sobald er der Sache ihre Eigenschaft als Sondergutssache läßt; wenn er letzteres aber nicht will, oder zwar den Verlust kennt, aber von der Wiedererlangung nichts weiß, so genügt die Apprehension des Sclaven nicht, sondern der Herr muß eigene Besitzergreifung ausüben.

III.

Ueber fr. 1. §. 11. de Rivis, fr. 2. u. 3. pr. eod.

Diese Fragmente beschäftigen sich mit der Frage, ob der zu einer Wasserleitung Berechtigte aus dem bedeckten Canal

einen offenen und aus einem offenen einen bedeckten machen dürfe. Nach Taurelli lauten sie folgendermaßen:

fr. 1. §. ult. (*Ulp.* LXX. ad Ed.) Si quis terrenum rivum signinum, id est lapideum facere velit: videri eum non recte hoc interdicto uti. non enim reficit qui hoc facit. et ita Ofilio videtur. Proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibetur. sed etsi eundem rivum deprimat, vel attollat, aut dilatet, vel extendat, *vel operiat apertum vel contra: eum non puto prohibendum, nisi* si quam majorem utilitatem suam adversarius ostendat.

fr. 2. (*Paul.* LXVI. ad Ed.) *Labeo non posse* ait *ex aperto rivo terrenum fieri:* quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel auriendi aquam. *quod sibi non placere Pomponius ait:* quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingere. nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.

fr. 3. (*Ulp.* Lib. LXX. ad Ed.) *Servius* autem *scribit, aliter duci aquam* quae ante per specus ducta est, si nunc per apertum] ducatur. nam si operis aliquid faciat quis, quo magis aquam conservet vel contineat: non impune prohiberi. *ego et in specu contra,* si non major utilitas versetur adversarii.

Die Ansichten der hier redenden Juristen sind keineswegs leicht zu verstehen, und noch weniger leicht zu vereinigen. Diese Schwierigkeit entsteht sowohl daraus, daß namentlich fr. 3. pr. uns von Anfang herein nicht in seiner ursprünglichen Integrität vorliegt, als auch in der Auffindung dessen richtigen Sinnes. Mir ist außer dem Wenigen und völlig Unbedeutenden, was Cujacius im Commentar zu Paulus ad Ed. LXVI. und Joannes Suarez im Commentar ad Leg. Aquil. II. 2. §. 30. (*Thesaur. Meermann* II. 100.) über fr. 2. d. haben, nur nach des Cujacius Betrachtung Obs. XVI. 17. bekannt, die aber nur sprachlich ist, und einzelne

Ausdrücke, rivus terrenus, specus etc. betrifft, derowegen auf sie hier lediglich verwiesen wird.

Der Reihenfolge nach antworten die genannten Juristen auf die Frage:

num impune prohibeatur, qui operiat apertum rivum vel contra?

so: Ofilius (dem, wie man annehmen darf, die Worte in fr. 1. §. ult. nach ita O. videtur auch gehören) sagt: ja, Ulpian hingegen: nein, (nisi etc.) Labeo bejaht die erste Hälfte der Frage, und spricht über die zweite. Ihm widerspricht Pomponius. Servius sagt aliter duci aquam etc., und darauf entgegnet Ulpian wieder: ego et in specu contra.

Diese Worte sind es besonders, welche, wenn man sie, wie es am leichtesten scheint, übersetzt, eine Schwierigkeit enthalten, die im Zusammenhang mit den andern den Sinn dunkel läßt. Denn wörtlich genommen sagt Servius:

wenn das Wasser, das bisher durch einen unterirdischen Gang geleitet worden, von nun an durch einen offenen geführt werde, so liege darin eine [unerlaubte] Aenderung;

hierin würde eine Negation enthalten seyn, er mithin den letzten Theil der Frage verneinen, worüber Labeo schweigt. Nun stände aber hiermit das folgende,

denn wenn Jemand ein Werk errichte, um das Wasser um so mehr zu erhalten, oder mehr fassen zu können, so dürfe er daran nicht ungestraft verhindert werden,

in nicht dem geringsten Zusammenhang; soll der Satz so verstanden werden, daß die erste Hälfte der Frage verneint, oder die letztere? denn beides ist möglich. Und wie endlich verstehen wir des Ulpians schließende: ego et in specu contra?

Da man als Resultat Ulpians Entscheidung in fr. 1. §. ult. zu betrachten hat, und die folgenden Fragmente nur die einzelnen möglichen Fälle separat behandeln, respective die darin abweichenden Meinungen einiger Juristen angeführt

sind, welche aber keinen Eingang finden, so ist der Lehrsatz als feststehend zu betrachten:

man darf in der Regel den unbedeckten Canal einer Wasserleitung zudecken, und den bedeckten aufdecken, es müßte denn der Gegner in der Fortdauer des unveränderten Zustandes einen größern Vortheil nachweisen.

Allein der Wege, die vor diesem Endresultat liegenden Zweifel über den einen oder den andern Fall zu übersteigen, sind zwei. Früher gab ich dem in meiner Uebersetzung dieser Fragmente im deutschen Corpus Juris Band IV. S. 484. Anm. 86. nachgewiesenen den Vorzug; die dort befindliche Erklärung lautet so:

Ofilius bejahet die Frage unbedingt, d. h. der Berechtigte des Aquaeductus darf keine Veränderung vornehmen. Ulpian ist aber der völlig entgegengesetzten Ansicht, und macht nur die Ausnahme, welche in der Billigkeit und der Natur der Sache beruhet, wenn nicht der Gegner nachweist, daß ihm daran liege, daß der Zustand unverändert bleibe. So weit sind beide ganz verschiedene und sich entgegengesetzte Fälle der Frage behandelt. Nun setzte ich voraus, daß zwischen fr. 1. ult. und fr. 3. (beide aus Ulpian 70. Buch ad Ed.) ein kleiner Satz steht, wahrscheinlich ähnlichen Inhalts wie fr. 2. der größerer Vollständigkeit wegen eingeschoben worden seyn möge; und diese Annahme scheint in der That kein großes Bedenken zu haben. Denn es ist dem Gedankengang sehr angemessen, Falls abweichende Meinungen der Juristen über die verschiedenen möglichen Modificationen der erwähnten beiden Fälle vorhanden waren, dieser zu erwähnen. Labeo, der zuerst eingeführt wird, sagt nun: ein offener Canal dürfe nicht zugedeckt werden." Hieraus ist man zu schließen berechtigt, daß er zugebe: einen bedeckten zu öffnen. Er beantwortet also die erste Hälfte der Frage mit ja, und die letzte mit nein. Pomponius tadelt dieß; man kann also nur annehmen, daß er mit Ul-

pian einer Meinung sey. Er richtet sich zwar zunächst gegen den von Labeo gegebenen Grund, allein damit gibt er keineswegs, wie Suarez a. a. O. ganz falsch behauptet, dem Labeo in der Hauptsache Recht; die Wendung, die er nimmt, quod sibi non placere, ist in der Sprache der Juristen von so entschiedenem Widerspruch gegen die vorher ausgesprochene Rechtsansicht, daß hier um so weniger anzunehmen ist, er sey blos gegen den Grund gerichtet, als einerseits keine Spur hievon direct vorhanden ist, und andererseits, wenn der Grund einer Meinung umgestoßen wird, diese von selbst mitfällt, wenn sie aus einem andern nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wird, was hier weder geschieht, noch vermuthet werden kann. Daß Labeo mit Ofilius einer Meinung blos über die erste Hälfte der Frage sey, scheint auch daraus hervorzugehen, daß er dafür einen besondern Grund anführt. Nun tritt Ulpian referendo wieder auf, und führt den Servius redend ein. Dessen Eingangsworte aliter duci aquam schienen mir einen Gegensatz zu verrathen zu Etwas, das (wie obbemerkt) nicht vorhanden ist, und dafür substituirte ich: qui per apertum duxerit, et nunc per specus ducat recte prohiberi, also das Gegentheil seines Falls, worüber Labeo spricht. In der Voraussetzung, daß Labeo und Servius derselben Meinung sind, ist dieß auch ganz richtig gedacht. Darum mußte nun natürlich in diesen Worten eine Bejahung liegen, und diese fand ich so, daß ich verstand: „etwas Anderes sey es, wenn das Wasser, das bisher durch einen unterirdischen Canal geführt worden, durch einen offenen geführt werden solle", scilicet: das sey erlaubt. Der fehlende durch Hypothese substituirte Satz sey es nun endlich, wovon Ulpian sage ego et in specu contra. d. h. nicht, „ich glaube das Gegentheil von der specus," sondern „ich glaube auch das Gegentheil von der Specus im umgekehrten Fall, den Servius nicht berührt. Dieß beweist auch die darauf folgende Ausnahme, „die völlig mit fr. 1. §. ult. übereinstimmt. — Daraus folgt nun,

daß Labeo und Servius einer Meinung sind, d. h. daß ein unbedeckter Bach nicht bedeckt, wohl aber ein bedeckter geöffnet werden dürfe. Da nun Labeo denjenigen Fall, welchen beide läugnen, behandelt, und worin Ulpian verschiedener Meinung ist, so muß ersterem natürlich (durch Pomponius) widersprochen und zum Ausspruch des Servius, der den andern Fall behandelt, worin Ulpian beiden beitritt, der Zusatz gemacht werden, daß im ersten Fall ebensowenig ein Hinderniß entgegengesetzt werden dürfe.

Ich habe seitdem Veranlassung gehabt, über diese Fragmente und deren Erklärung nochmals nachzudenken, und scheint mir jetzt, wenn ich sie auch gerade nicht verwerfen will, da die Hauptsachen alle richtig sind und bleiben, daß die Worte aliter duci aquam etc. und ego et in specu contra zu künstlich interpretirt sind, vorzüglich aber in dem Satz nam si operis etc. keine Bestätigung, sondern vielmehr ein Gegensatz zu den ersten Worten des Servius darum zu liegen, weil wohl von dem, der einen bisher unterirdischen Canal einer Wasserleitung aufdeckt und offen anlegen läßt, nicht gesagt werden kann, daß er dieß thue, quo magis aquam conservet vel contineat; dieß paßt, deucht mir, besser von dem, wer einen offenen Canal bedeckt; alsdann ist nam si nicht als Grund, sondern als Gegensatz zu dem Voranstehenden zu nehmen, wenn jedoch, wie wir unser Denn auch brauchen, z. B. denn wenn er das thut, für wenn er freilich das thut. Das aliter duci ist einfach, wie gewöhnlich zu verstehen, und es liegt alsdann darin, als der Bezeichnung etwas Unerlaubten, eine Verneinung. Ulpians ego et in specu contra wäre dann zu ergänzen sc. puto non impune prohiberi, gerade wie die nächsten Worte vorher, und eben diese unstreitig dem geringsten Zweifel unterliegende Erklärung der Worte läßt mich, da die specus darin erwähnt wird, von der Servius auch spricht, schließen, daß dessen Worte eine Verneinung in Betreff derselben enthalten müssen.

Hiernach wären nun also Servius und Labeo nicht gleicher Ansicht, sondern zwar beiderseits sowohl von Ofilius als von Ulpian abweichend, aber unter sich selbst gerade entgegengesetzt. Labeo nämlich läugnet das, was Servius bejahet, und dieser läugnet das, was jener bejahet. Auf die Frage:

darf ich einen unbedeckten Canal zudecken, oder einen bedeckten aufdecken?

antworteten also dann:

Ofilius: Du darfst weder das Eine noch das Andere.

Labeo: Das Erste nicht, aber das Zweite.

Servius: Das Erste wohl, aber das Zweite nicht.

Ulpian: Du darfst beides thun.

Somit wären auch sämmtliche mögliche Fälle, wie die Antwort ausfallen kann, in den Fragmenten aufgeführt. Und es lassen sich in der That auch für alle vier Meinungen Gründe angeben, die sich hören lassen, obwohl Ulpian den Ausschlag gibt; nämlich erstens für die des Ofilius der, daß es überhaupt verboten sey, aquam aliter duci, als bisher, und blos erlaubt, Ausbesserungen des bereits vorhandenen Werkes vorzunehmen; zweitens für die des Labeo, der von ihm selbst angegebene, für welchen auch die Analogie des Fußsteiges und Fahrweges zu sprechen scheint; drittens für Servius der Umstand, daß an dem Aquäduct selbst kein anderer Bau vorgenommen werden könne, als der streng zu seinem Zweck gehöre, auch dessen Facies nicht verändert werden dürfe. Endlich für Ulpian, daß sich der Eigenthümer des leidenden Grundstückes alle Anordnungen in Bezug auf bequemern und vortheilhaftern Gebrauch der Dienstbarkeit müsse gefallen lassen, sofern er dadurch nicht im Mindesten beeinträchtigt wird.

Daß nun auch bei dieser zweiten Erklärung die Vermuthung gegründet sey, es habe fr. 3. mit fr. 1. §. ult. nicht unmittelbar zusammengehangen, sondern es sey eine Lücke vorhanden, und an Stelle der fehlenden eigenen Ulpian's

schen Worte des Paulus Satz eingeschoben, ist wohl mit Sicherheit anzunehmen. Denn die Wendung Servius autem scribit deutet, in Betracht, daß doch Ulpian dessen Widerspruch nicht seinen eigenen Worten (in fr. 1. §. ult. in f.) so entgegengesetzt habe, wie sie nun da stehen, und daß er denn nicht schließen würde ego et in specu contra, entschieden darauf, daß Worte des Inhalts vorangegangen, „es dürfe ein bedeckter Canal nicht aufgedeckt werden"; vielleicht waren es die eines andern Juristen, die Ulpian bei Erörterung der einzelnen Fälle anführte, und denen er dann wiederholt beitritt.

Wörtlich übersetzt würde hiernach der Anfang von fr. 3. so lauten:

Servius schreibt hingegen, die Leitung des Wassers sey, wenn es zuvor durch einen unterirdischen Canal geleitet worden, und nun offen geleitet werden wolle, eine andere [als sie der bestehenden Dienstbarkeit gemäß gestattet sey] *), wenn freilich Jemand einen Bau mache, um dadurch das Wasser um so mehr zu erhalten oder mehr fassen zu können, so dürfe er nicht ungestraft daran verhindert werden; ich [glaube] auch umgekehrt in Ansehung einer unterirdischen Leitung dasselbe **), es müßte denn ein größerer Vortheil des Gegners damit verbunden seyn [daß die Sache bleibe, wie sie ist].

---

*) Mithin dürfe man den dieß beginnenden Eigenthümer des herrschenden Grundstücks daran mit Recht hindern.

**) Nämlich, non impune prohiberi.